

Tomasz Milej

Uniwersytet Kenyatta, Hrabstwo Nairobi, Kenia

Podstawowa struktura konstytucji i normy niezmiennialne – jakie lekcje z Kenii dla Polski?

W maju 2021 r. Izba Konstytucyjna Kenijskiego Sądu Powszechnego (*High Court*)¹ unieważniła ustawę o zmianie konstytucji uchwaloną już przez parlament i mającą być poddana pod referendum zatwierdzające. Orzeczenie to zostało w sierpniu 2021 r. utrzymane w mocy przez Sąd Apelacyjny (*Court of Appeal*)² i jest obecnie przedmiotem postępowania przed Sądem Najwyższym (*Supreme Court*). Zdaniem Sądu Powszechnego, uchwalone zmiany konstytucji obarczone były szeregiem wad prawnych, przy czym najbardziej doniosłą z nich było naruszenie podstawowej struktury konstytucji. Powołując się na koncepcję podstawowej struktury konstytucji, Sąd stwierdził, że pewne normy Konstytucji Republiki Kenii są niezmiennialne, mimo że tekst konstytucji nie nadaje im *expressis verbis* takiego waloru.

179

Niezmiennialność ma zatem charakter dorozumiany i wynika z doniosłości tych norm dla całokształtu konstytucji. Analiza tego orzeczenia nie tylko stawia w nowym świetle część ustaleń polskiej doktryny dotyczących norm niezmiennialnych, ale także skłania do refleksji nad genezą Konstytucji RP z 1997 r., jej związku z erozją praworządności pod rządami Prawa i Sprawiedliwości i sposobów przyszłej naprawy wyrządzonych w ten sposób szkód.

Podobnie jak Konstytucja Kenii, Konstytucja RP z 1997 r. nie zawiera norm, które byłyby w jej tekście określone wprost jako niezmiennialne, jak czynią to np. konstytucje Republiki Francuskiej czy Republiki Federalnej Niemiec. Przepisem regulującym zmiany w Konstytucji RP jest artykuł 235. Przewiduje on dwa tryby dokonywania zmian, tryb prosty i tryb

¹ David Ndii & Others v. Attorney General & Others, Petition No. E282 of 2020 [eKLR].

² Civil Appeal No. E291 of 2021 between Independent Electoral and Boundaries Commission and David Ndii & Others [eKLR].

kwalfikowany³. Tryby te mają zastosowanie w zależności od przepisów konstytucji podlegających zmianie. W przypadku zmian w przepisach rozdziałów I, II lub XII zastosowanie ma tryb kwalifikowany, natomiast w pozostałym zakresie stosuje się tryb prosty. Podstawową różnicą między tymi trybami jest obowiązek przeprowadzenia referendum zatwierdzającego na żądanie jednego z podmiotów uprawnionych do złożenia projektu ustawy o zmianie konstytucji (1/5 ustawowej liczby posłów, Senatu bądź Prezydenta RP). Konstytucja RP natomiast w żaden sposób nie reguluje kwestii uchwalenia nowej konstytucji, która miałaby ją ewentualnie zastąpić.

Mimo wielu różnic, regulacja Konstytucji Kenii z 2010 r. zawarta w artykułach 255–257, a dotycząca jej zmian, wykazuje pewne podobieństwa do regulacji polskiej. Podobnie jak w Polsce, brak jest uregulowania dotyczącego trybu uchwalenia nowej konstytucji. Podobnie jak w Polsce, zmiana konstytucji jest dokonywana w drodze specjalnej ustawy o zmianie konstytucji. Wreszcie, podobnie jak w Polsce, da się wyróżnić dwa tryby jej uchwalania: prosty i kwalifikowany, w którym dokonanie zmian wymaga referendum zatwierdzającego. Różnica polega tu na tym, że przeprowadzenie owego referendum jest obligatoryjne i nie jest zależne od wniosku specjalnie do tego uprawnionych podmiotów. Tryb kwalifikowany ma zastosowanie do zmian szczególnie doniosłych, przy czym ustrojodawca kenijski w odróżnieniu od ustrojodawcy polskiego nie zastosował kryterium formalnego, wskazując rozdziały ustawy zasadniczej, których zmiana miałaby dotyczyć, ale kryterium materialne, określając dziesięć zagadnień, np. prymat konstytucji suwerenność ludu, terytorium Kenii, prawa podstawowe jednostki, niezależność sądownictwa itp. Jeżeli proponowane zmiany dotyczą choćby jednego z tych zagadnień, referendum zatwierdzające musi być przeprowadzone. Warto też wspomnieć, że Konstytucja Kenii rozróżnia kolejne dwa tryby dokonywania zmian: tryb parlamentarny i inicjatywę ludową polegającą na zgłoszeniu projektu zmian konstytucji przez grupę miliona obywateli. Sposób zgłoszenia zmian nie ma przy tym wpływu na zastosowanie trybu kwalifikowanego.

Jak zauważa P. Mikuli⁴, w piśmiennictwie polskim problematyka zmian konstytucji nie wzbudzała większego zainteresowania. O całościową jej analizę pokusił się w zasadzie jedynie W. Sokolewicz⁵. W ostatnim

³ W. Sokolewicz, *Artykuł 235*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, red. L. Garlicki, Warszawa 2000, s. 34.

⁴ P. Mikuli, *Niekonstytucyjność zmiany konstytucji*, konstytucyjny.pl, 2019, <https://konstytucyjny.pl/piotr-mikuli-niekonstytucyjnosc-zmiany-konstytucji/> (dostęp: 15.01.2022).

⁵ Chodzi o dwa teksty pochodzące z 2000 r., cytowany już tekst komentarza do art. 235 Konstytucji RP oraz W. Sokolewicz, *O gradacji zmian Konstytucji*, [w:] *Konstytucja, wybory, parlament*, red. L. Garlicki, Warszawa 2000. Oba teksty przywołuje P. Sobczak, *Opi-*

czasie zainteresowanie tematyką zdaje się jednak rosnać⁶, a to za sprawą światowych trendów badawczych. Na szczególną uwagę zasługuje tutaj konstrukcja podstawowej struktury konstytucji, której całościowe ujęcie przedstawił Y. Roznai⁷. Jego studium spotkało się z pozytywnym przyjęciem w literaturze polskiej, czego przykładem jest aprobująca recenzja L. Garlickiego⁸. Teoria konstrukcji podstawowej struktury konstytucji jest fundamentem wspomnianego orzeczenia kenijskiego Sądu Powszechnego. Jej istotę stanowi rozróżnienie między ustrojodawcą pierwotnym a ustrojodawcą wtórnym⁹. Ustrojodawca pierwotny uosabia suwerenność narodu i to on posiada kompetencje uchwalenia nowej konstytucji lub radykalnej transformacji obowiązującej. Kompetencja ustawodawcy wtórnego jest natomiast ograniczona do uchwalania poprawek. Jak wyjaśnia L. Garlicki: „Uchwalanie poprawek konstytucyjnych należy traktować nie tyle jako bezpośrednią realizację «woli suwerena», ile raczej jako realizację mandatu udzielonego przez tegoż suwerena w momencie uchwalenia konstytucji. Kompetencja uchwalania poprawek ma charakter «władzy delegowanej», czyli może być realizowana tylko w ramach tej delegacji i w sposób z tą delegacją zgodny”¹⁰.

Właśnie dlatego uchwalenie poprawek, które unicestwiałyby konstytucję uchwaloną przez ustrojodawcę pierwotnego, należy uznać za działanie *ultra vires*, a zatem niezgodne z prawem. Podmiot dysponujący jedynie władzą delegowaną nie może bowiem unicestwić aktu prawnego będącego źródłem owej delegacji. Jak zauważył Indyjski Sąd Najwyższy, którego orzeczenie jest jednym z najczęściej cytowanych aktów stosowania doktryny podstawowej struktury konstytucji i które z aprobatą przytacza również kenijski Sąd Powszechny¹¹, konstytucja nie może być zniszczona

nia w sprawie poselskiego projektu ustawy o zmianie konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, „Przeгляд Sejmowy” 2016, z. 4, s. 116. Oczywiście tematyka zmian konstytucji była omawiana także w ukazujących się w tamtym czasie podręcznikach do prawa konstytucyjnego, por. np. B. Banaszak, *Prawo Konstytucyjne*, wyd. 2, Warszawa 2001, s. 68–78.

⁶ A. Bień-Kacała, *Informal Constitutional Change. The Case of Poland*, „Przeгляд Prawa Konstytucyjnego” 2017, z. 6, s. 202.

⁷ Y. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Power*, Oxford 2017.

⁸ L. Garlicki, *Recenzja Y. Roznai, Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Power, Oxford 2017*, „Przeгляд Konstytucyjny” 2017, z. 4, s. 142.

⁹ Różnicę tę podkreśla Y. Roznai, omawiając przedmiotowe orzeczenie kenijskie. Y. Roznai, *The Basic Structure Doctrine arrives in Kenya: Winds of Change for Constitutionalism in Africa?*, VeriBlog, 2021, <https://verfassungsblog.de/the-basic-structure-doctrine-arrives-in-kenya/> (dostęp: 15.01.2022). Por. także L. Garlicki, *Recenzja...*, s. 143–144 oraz A. Bień-Kacała, *Informal...*, s. 203.

¹⁰ L. Garlicki, *Recenzja...*, s. 144.

¹¹ David Ndii..., nb. 460.

od wewnątrz, innymi słowy nie można zastosować konstytucji w celu jej zniszczenia. Przy uchwalaniu poprawek konieczne jest zatem zachowanie tożsamości konstytucji jako aktu prawnego, a co za tym idzie jej podstawowej struktury. To właśnie z zakazu jej naruszania wynika dorozumiana niezmiennalność pewnych jej postanowień. Należy przy tym podkreślić, że pojęcie podstawowej struktury odnosi się do tożsamości konstytucji właśnie rozumianej jako fundamentalne zasady, na których konstytucja jest zbudowana¹², a nie do jej spójności logiczno-językowej.

Pewnym ograniczeniom podlega także ustrojodawca pierwotny. Nie są to jednak ograniczenia o charakterze materialnym, a więc dotyczące treści nowej ustawy zasadniczej, lecz ograniczenia o charakterze proceduralnym¹³. Wynika to z uwikłania ustrojodawcy pierwotnego w związku z przeszłością w sytuacji, gdy uchwalenie nowej konstytucji nie wiąże się z intencją przerwania ciągłości ustrojowej państwa, np. wskutek rewolucji. Kenijski Sąd Powszechny ustalił następujące etapy proceduralne, w których jego zdaniem musi być wykonywana pierwotna władza ustrojodawcza. Pierwszym etapem jest edukacja obywatelska, mająca na celu zapewnienie, aby obywatele posiadali odpowiednią wiedzę i mogli w sposób znaczący partycypować w procesie tworzenia konstytucji. Drugim etapem jest publiczna partycypacja, w której obywatele wyposażeni już w odpowiednią wiedzę kreują pomysły na sposób sprawowania władzy w państwie i wyrażają swoje opinie dotyczące materii konstytucyjnej. Trzecim etapem jest powołanie specjalnego Zgromadzenia Konstytucyjnego (Konstytuanty) składającego się z delegatów wybranych specjalnie w celu uchwalenia konstytucji lub fundamentalnych zmian w konstytucji. Zadaniem delegatów jest przeprowadzenie debaty na forum Zgromadzenia oraz konsultacji i debaty publicznej. Wreszcie etapem czwartym jest przeprowadzenie referendum mającego na celu zatwierdzenie projektu nowej konstytucji lub zmian w podstawowej strukturze konstytucji obowiązującej¹⁴.

Podsumowując swoje uwagi dotyczące koncepcji podstawowej struktury konstytucji, Sąd Powszechny wyróżnia trzy poziomy sprawowania władzy ustrojodawczej. Poziomem pierwszym jest pierwotna władza ustrojodawcza, którą Sąd określa jako władzę nadzwyczajną. Jej zadaniem jest uchwalenie konstytucji, stanowiącej zdaniem Sądu bezpośredni wyraz narodu (ludu) i jego reprezentację, oraz dokonywanie w konstytucji fundamentalnych zmian. Dwa pozostałe poziomy, czyli wtórna władza ustrojodawcza oraz „władza ukonstytuowana”, czyli umocowana przez konsty-

¹² L. Garlicki, *Recenzja...*, s. 144.

¹³ *Ibidem*, s. 148.

¹⁴ *David Ndi...*, nb. 474.

tucję, odpowiadają z grubsza kwalifikowanemu oraz prostemu trybowi zmiany konstytucji. Sąd podkreśla jednak, że władza ustrojodawcza wtórna, choć sprawowana w uproszczonej formie, jest formą sprawowania władzy przez cały podmiot polityczny. Polega ona na dokonywaniu zmian w konstytucji, które choć doniosłe, nie naruszają jej podstawowej struktury. Sprawowanie tej władzy wymaga przeprowadzenia referendum.

Reasumując tę część rozważań, trzeba podkreślić dwie rzeczy. Po pierwsze, naszkicowany wyżej, czteroetapowy tryb wykonywania pierwotnej władzy ustrojodawczej znacząco różni się nawet od kwalifikowanego trybu zmiany konstytucji przewidzianego w artykułach 255–257 Konstytucji Kenii, co oczywiście dotyczy również jej zmiany w trybie prostym. Inny jest zatem tryb wykonywania pierwotnej władzy ustrojodawczej, a inny wtórnej.

Po drugie, ustalenia co do trybu wykonywania pierwotnej władzy ustawodawczej nie są podyktowane przez sąd *ex nihilo*, lecz są oparte, co podkreśla A. Manji¹⁵, na dogłębnej analizie historii konstytucjonalizmu kenijskiego. Zdaniem cytowanej autorki, obok analizy koncepcji podstawowej struktury konstytucji, właśnie to krytyczne spojrzenie na historię i wyciągnięcie z niej wniosków czyni omawiany wyrok Kenijskiego Sądu Powszechnego wyrokiem historycznym.

Zanim jednak przyjrzymy się bliżej tym wnioskom wynikającym z doświadczeń historycznych, warto skonfrontować założenia teoretyczne przyjęte w przez kenijski Sąd Powszechny i oparte na koncepcji podstawowej strukturze konstytucji, z założeniami teoretycznymi prezentowanymi w literaturze polskiej, a w szczególności we wspomnianych pracach W. Sokolewicza. Pozwoli to na ustalenie w jakim zakresie omawiane orzeczenie może posłużyć jako odniesienie do konkluzji dotyczących polskiej praktyki ustrojowej.

Przede wszystkim należy zauważyć, że W. Sokolewicz nie czyni rozróżnienia między ustrojodawcą pierwotnym a ustawodawcą wtórnym, przeciwstawiając niejako takiej klasyfikacji rozróżnienie innego rodzaju, a mianowicie między władzą ustawodawczą a – co do istoty – niczym nieskrępowaną władzą ustrojodawczą. Ta ostatnia może być sprawowana w formie częściowych zmian konstytucji, zmian bardziej kompleksowych, a także w formie ustanowienia konstytucji zupełnie nowej. Podając przykład transformacji ustrojowej w Polsce i na Węgrzech w latach dziewięćdziesiątych, W. Sokolewicz sugeruje, że częściowe zmiany w konstytucji mogą stać się nie mniej doniosłe niż uchwalenia nowej konstytucji¹⁶,

¹⁵ A. Manji, *The BBI Judgment and the Invention of Kenya*, Verfblog 2021, <https://verfassungsblog.de/the-bbijudgment-and-the-invention-of-kenya/> (dostęp: 15.01.2022).

¹⁶ W. Sokolewicz, *O gradacji...*, s. 196.

które jakościowo nie różni się od maksimum zmian fragmentarycznych¹⁷. Zdaniem W. Sokolewicza funkcja ustrojodawcza ma zatem charakter jednorodny¹⁸.

Wspólnym mianownikiem koncepcji W. Sokolewicza i kenijskiego Sądu Powszechnego jest założenie braku ograniczenia władzy ustrojodawczej w sensie materialnym. Według W. Sokolewicza konstytucja ma wyrażać i symbolizować aspiracje stanowiącego ją podmiotu społecznego do niepodległego bytu w suwerennym państwie i dlatego też władza tego podmiotu w zakresie ustrojodawstwa nie może być ograniczona¹⁹. Władza ustrojodawcza, będąc co do zasady suwerenna, nie podlega wedle cytowanego autora żadnym ograniczeniom co do zakresu i głębokości zmian, jakich dokonuje. Z tego też względu autor odrzuca koncepcję norm niezmiennych²⁰.

Kluczem do zrozumienia różnicy w pojmowaniu władzy ustrojodawczej w obydwu koncepcjach jest zupełnie inne pojmowanie jej obwarowań proceduralnych.

Zdaniem W. Sokolewicza władza ustrojodawcza jest ograniczona proceduralnie co do form, w jakich jest realizowana, a formy te określa właśnie artykuł 235 Konstytucji i inne przepisy z nim związane²¹. Ponieważ wedle W. Sokolewicza władza ustrojodawcza ma charakter jednorodny, to logiczne jest, że tryb jej wykonywania jest taki sam niezależnie od charakteru tych zmian, ich głębokości, doniosłości czy kompleksowości.

Kenijski Sąd Powszechny jest innego zdania. Zdaniem Sądu różnica między zmianą konstytucji nawet w trybie kwalifikowanym a uchwaleniem nowej konstytucji jest zupełnie fundamentalna, co znajduje odzwierciedlenie w przedstawionym wyżej czteroetapowym trybie wykonywania pierwotnej władzy ustrojodawczej. Warto zauważyć, że zarówno w porównaniu do postanowień art. 235 Konstytucji RP, jak i artykułów 255–257 Konstytucji Kenii, ów czteroetapowy tryb ucieleśnia bardzo wysokie wymagania co do stopnia i jakości partycypacji obywateli przy dokonywaniu fundamentalnych zmian w konstytucji lub przy uchwalaniu nowej.

Obok polskich i węgierskich doświadczeń transformacji ustrojowej, W. Sokolewicz opiera się na analizie prawnoporównawczej, która wska-

¹⁷ Idem, *Artykuł 235...*, s. 67.

¹⁸ *Ibidem*, s. 66, podobnie idem, *O gradacji...*, s. 182.

¹⁹ Idem, *Artykuł 235...*, s. 15.

²⁰ Idem, *O gradacji...*, s. 180. Pogląd W. Sokolewicza podziela B. Banaszak, *Prawo...*, s. 73 i 95. Podobnie P. Czarny, *Opinia w sprawie poselskiego projektu ustawy o zmianie konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2016, z. 4, s. 98. Istnienie norm niezmiennych obok L. Garlickiego zakładają m.in. P. Mikuli, *Niekonstytucyjność...* oraz P. Sobczak, *Opinia...*, s. 116.

²¹ W. Sokolewicz, *Artykuł 235...*, s. 16.

zuje, że brak jest fundamentalnych różnic między kwalifikowanym trybem zmian konstytucji a trybem uchwalania nowej²². To właśnie przyjęcie tego założenia prowadzi do wniosku, że ustrojodawca pierwotny jest w gruncie rzeczy tożsamy z ustrojodawcą wtórnym. A jako że rozróżnienie tych dwóch podmiotów leży u podstaw koncepcji podstawowej struktury konstytucji, to przyjmując argumentację W. Sokolewicza, koncepcja ta traci rację bytu.

Kenijski Sąd Powszechny dochodzi do innych wniosków niż W. Sokolewicz, gdyż inspiruje się on przede wszystkim historią Kenii. I jakkolwiek uwagi W. Sokolewicza są słuszne na gruncie polskich doświadczeń lat 90. i nawet praktyki ustrojowej tamtego okresu w ujęciu porównawczym, to dramatycznie rozmiijają się one z doświadczeniami kenijskimi. To właśnie dostrzeżenie i opisanie tych doświadczeń przez kenijski Sąd Powszechny oraz odniesienie ich do teorii Y. Roznaia stanowi unikalny wkład Sądu do globalnego dyskursu o prawie konstytucyjnym. Skłania on również do refleksji nad polskim stanem prawnym, a w szczególności, jak podkreślałem na wstępie, nad zależnością między trybem prac nad aktualnie obowiązującą konstytucją a trwałością jej rozwiązań.

Nakreśliwszy przeciwstawne stanowiska teoretyczne – W. Sokolewicza z jednej strony i Y. Roznaia z drugiej – warto w tym miejscu dokładniej przyjrzeć się orzeczeniu kenijskiego Sądu Powszechnego, które przychyliło się do stanowiska Y. Roznaia, oraz politycznym i historycznym uwarunkowaniom, w których to orzeczenie zapadło.

Jak już wspominałem, to właśnie opowiedzeniu historii Kenii Sąd poświęca najwięcej miejsca. Myślą przewodnią tej opowieści jest ukazanie postępującej uzurpacji władzy w państwie przez wąskie elity wywodzące się w przeważającej części – to należy dodać – nie z grup walczących o niepodległość Kenii, lecz z grup kolaborujących z brytyjskimi władzami kolonialnymi. Już sam ten fakt sprzyjał rekonstrukcji systemu kolonialnego ucisku w okresie po formalnym odzyskaniu całkowitej niepodległości przez Kenię w roku 1964. Reżim kolonialny był tworem silnie scentralizowanym. Przez większość okresu rządów kolonialnych Kenijczycy byli nie tylko pozbawieni jakichkolwiek praw politycznych, ale również byli poddawani surowym represjom. Nie mogli na przykład swobodnie się przemieszczać. Władze kolonialne wyznaczyły obszary, na których ziemię, rzecz jasna tę najżyźniejszą, mogli posiadać jedynie przybysze z Europy, usuwając przy tym ludność zamieszkującą te obszary od wieków. Generalnie cała administracja kolonialna służyła interesom Europejczyków. Próby buntu, jak powstanie Mau Mau trwające w latach 1952–1960, były bezwzględnie tłumione. Wielu ludzi zostało

²² *Ibidem*, s. 67, a także *idem*, *O gradacji...*, s. 192.

przepędzonych ze swoich domów i umieszczonych w specjalnych obozach, a liczba osób rozstrzelanych i powieszonych przez brytyjskich oprawców lub zabitych podczas walk z powstańcami sięga dziesiątek tysięcy²³. Filarami władzy kolonialnej były grabież i przemoc. Z takim to bagażem Kenia wkraczała w niepodległość.

Pierwsza konstytucja niepodległego kraju była dokumentem wynegocjowanym z Brytyjczykami, sztampowym, niewiele różniącym się od ustaw zasadniczych przyjętych w innych koloniach brytyjskich. Była więc ona obarczona poważnym deficytem legitymacyjnym. W sensie formalnym była to konstytucja oktrojowana, gdyż stanowiła załącznik do dekretu królowej (*Order in Council*). Spełniała ona jednak szereg funkcji, które konstytucja spełniać powinna, m.in. kreując system organów państwa oparty na trójpodziale władz i zasadzie demokracji, gwarantując szereg praw podstawowych i wreszcie zapewniając decentralizację państwa poprzez powołanie autonomicznych władz regionalnych²⁴. To, co się stało później, Sąd Powszechny określa jako „kulturę hiperpoprawek”²⁵, które zdegradowały konstytucję do roli nieróżniącej się od zwykłej ustawy. Wybitny kenijski prawnik, H.W.O. Okoth-Ogendo nazwał ten stan „konstytucją bez konstytucjonalizmu”²⁶. I tak, począwszy od lat 60., do konstytucji zaczęto uchylać częste poprawki, których celem była konsolidacja władzy wykonawczej. Stopniowo z konstytucji usuwano większość elementów podziału władz, co doprowadziło do powstania systemu określanego w Kenii jako „prezydentura imperialna”. Oznacza ona system, w którym nie toleruje się opozycji, a władza sprawowana jest przez elity kierujące się własnymi interesami i zwykłą chciwością²⁷. Co istotne, duża część ziemi zagrabionej przez Brytyjczyków została rozparcelowana w sposób uprzywilejowujący elity skupione wokół prezydenta. Autonomiczne regiony zlikwidowano już w roku 1968, pozbawiając je wcześniej niezbędnych do funkcjonowania środków finansowych²⁸. W 1982 r. w drodze zmiany konstytucji Kenia została proklamowana *de iure* państwem mo-

²³ Na temat grabieży ziemi por. H.W.O. Okoth-Ogendo, *The Tragic African Commons: A Century of Expropriation, Suppression, and Subversion. Land Reform and Agrarian Change in Southern Africa*, An occasional paper series, Kapsztad 2002, https://media.africaportal.org/documents/OP_24.pdf (dostęp: 15.01.2022). Na temat systemu przemocy por. C. Elkins, *Imperial Reckoning: The Untold Story of Britain's Gulag in Kenya*, New York 2005.

²⁴ „The Kenya Gazette”, Supplement No. 105, 10.12.1963, http://kenyalaw.org/kl/fileadmin/pdfdownloads/1963_Constitution.pdf (dostęp: 15.01.2022).

²⁵ David Ndii..., nb. 407.

²⁶ Pogląd cytowany przez Sąd Powszechny, por. David Ndii..., nb. 407.

²⁷ David Ndii..., nb. 408.

²⁸ *The Final Report of the Constitution of Kenya Review Commission*, Nairobi 2005, s. 28. <http://kenyalaw.org/kl/fileadmin/CommissionReports/The-Final-Report-of-the-Constitution-of-Kenya-Review-Commission-2005.pdf> (dostęp: 15.01.2022)

nopartyjnym, będąc nim *de facto* już znacznie wcześniej. W polskim kontekście warto wspomnieć też o poprawce z roku 1988 r., kiedy to oficjalnie uzależniono sprawowanie przez sędziów urzędu od woli prezydenta. Stosunek ówczesnych elit do konstytucji dobrze obrazuje poprawka z 1975 r. Wedle wcześniej uchwalonej poprawki osoby skazane za przestępstwa przeciwko wyborom były pozbawiane biernego prawa wyborczego na okres pięciu lat. Ponieważ za takie przestępstwo został skazany zausznik prezydenta, uchwalono poprawkę nadającą prezydentowi kompetencję do uchylania wspomnianej reguły wobec poszczególnych osób, z której prezydent oczywiście skorzystał w przedmiotowej sprawie²⁹.

Wskutek masowych protestów społecznych na początku lat 90., którym sprzyjała światowa koniunktura związana z upadkiem Związku Radzieckiego, zakończeniem zimnej wojny i falą demokratyzacji, pluralizm polityczny przywrócono już w roku 1992. Istotnym postulatem środowisk opozycyjnych, który cieszył się społecznym poparciem, było uchwalenie nowej konstytucji. Ustawę regulującą tryb jej uchwalenia przyjęto w roku 1997³⁰. Stała się ona podstawą dla procesu, którego inkluzywność była imponująca i bezprecedensowa na skalę wykraczającą ponad Kenię i Afrykę. Proces ten zakończył się uchwaleniem nowej konstytucji w 2010 r.

Na czym jednak polegała owa bezprecedensowa inkluzywność? Po pierwsze inkluzywny był skład Komisji Konstytucyjnej składającej się nie tylko z parlamentarzystów i ekspertów, ale także przedstawicieli organizacji pozarządowych, kobiecych, młodzieżowych i zawodowych³¹. Powołano także regionalne fora dyskusyjne. Przedstawiciele komisji przemierzali cały kraj, organizując spotkania dyskusyjne. Przygotowano, opublikowano i rozdano publikacje książkowe i inne materiały dotyczące istoty konstytucji oraz historii Kenii. Raport końcowy prac komisji liczący przeszło 700 stron zawierał nie tylko projekt nowej ustawy zasadniczej, ale także efekt konsultacji społecznych. Pogrupowane tematycznie zagadnienia do uregulowania w konstytucji były każdorazowo opatrzone wstępem zacytującym się od słów „Co ludzie powiedzieli” („What the people said”). To na tej podstawie 600-osobowe Zgromadzenie Konstytucyjne, z którego tylko 223 osoby stanowili parlamentarzyści, uchwaliło nową konstytucję³². Tytułem przykładu warto przytoczyć „co ludzie powiedzieli” na temat sądownictwa. Wedle zebranych opinii, konstytucja powinna zapewnić, aby władza wykonawcza i politycy nie ingerowali w jego działalność³³.

²⁹ *Ibidem*, s. 30.

³⁰ *Ibidem*, s. 38–39.

³¹ *David Ndii...*, nb. 416.

³² *Ibidem*, nb. 428.

³³ *The Final Report...*, s. 205.

Nie obyło się bez dramatycznych przesileń. Tekst uchwalony przez Zgromadzenie Konstytucyjne został zmieniony przez urzędników administracji prezydenta, a następnie w tej zmienionej formie uchwalony przez większość parlamentarną, poddany referendum i odrzucony w tymże większością 58% głosujących. Do pierwotnego projektu Zgromadzenia Narodowego powrócono dopiero po tragicznych zajściach, które miały miejsce po wyborach w grudniu 2007 r. Wskutek oskarżeń o ich sfalszowanie, na które nałożyły się umiejętnie podsycane przez polityków waśnie etniczne i konflikty o ziemię, sięgające jeszcze czasów kolonialnych, doszło od rozruchów, w których śmierć poniosło 1100 osób, a 600 tysięcy straciło dach nad głową³⁴. Powrót do prac nad konstytucją stanowił składnik porozumienia politycznego kończącego okres rozruchów i był uważany za ważny element uzdrowienia sytuacji politycznej i społecznej. Ostatecznie konstytucję przyjęto w kolejnym referendum w roku 2010.

188

Przyjęty dokument jest określany jako konstytucja transformacyjna, tzn. taka, która nie tylko legitymizuje i kontroluje wykonywanie władzy publicznej, ale ma na celu przeprowadzenie fundamentalnych zmian społeczno-ekonomicznych. Ich celem ma być przewyciężenie konfliktów i podziałów w społeczeństwie oraz jego transformacja poprzez takie wartości jak sprawiedliwość społeczna, równość, decentralizacja państwa, prawa człowieka, praworządność i demokracja³⁵. Obszerny pakiet zmian w konstytucji będący przedmiotem omawianego orzeczenia Sądu Powszechnego był natomiast owocem porozumienia między politykami, którzy w polityce kenijskiej funkcjonują od lat i którzy stanęli naprzeciw sobie w wyborach prezydenckich w 2017 r. Przewidywał on m.in. odejście od prezydenckiego systemu rządów, utworzenie stanowiska premiera i wicepremierów oraz tzw. „lidera oficjalnej opozycji”, a także znaczny wzrost liczby parlamentarzystów. Wedle deklaracji autorów tych zmian chodziło w nich o poszerzenie aparatu państwowego w celu umożliwienia budowania szerszych koalicji, co z kolei miałyby zapewnić większej liczbie grup społecznych udział w sprawowaniu władzy i w efekcie zapobiegać konfliktom etnicznym wybuchającym w Kenii każdorazowo przy okazji wyborów. Najtragiczniejszą odśłoną tych konfliktów był opisany kryzys z grudnia 2007 r. Przeciwnicy dostrzegali w proponowanym pakiecie głównie kosztowny mechanizm rozdawnictwa stanowisk i apañaży, wzmacniający powiązania korupcyjne. Dodatkowo jeszcze wiarygodność autorów zmian nie była za wysoka, gdyż należeli oni podczas wspomnianych konfliktów do głównych rozgrywających.

³⁴ David Ndi..., nb. 434.

³⁵ *Ibidem*, nb. 396–399.

Na tle tej historii wyraźniejsza staje się istota wyodrębnienia funkcji ustrojodawczej pierwotnej i poddanie jej wykonywania surowym wymogom proceduralnym. Chodzi tu o zapobieżenie uzurpacji funkcji ustrojodawczej i zawłaszczeniu państwa, które to nastąpiły w wyniku oktrojowania konstytucji w 1963 r., a następnie uchwalenia do niej serii poprawek po odzyskaniu niepodległości i które miały także nastąpić w wyniku nieudanego manewru prezydenta i jego ludzi w roku 2005. Sąd Powszechny podkreśla, że Kenijczycy chcieli, aby zwykły obywatel, „Wanjiku” – odpowiednik polskiego „Kowalskiego” – grał główną rolę na każdym etapie dyskusji i tworzenia nowej konstytucji³⁶. I tak też został ukształtowany proces, który doprowadził do przyjęcia w 2010 r. obecnie obowiązującej ustawy zasadniczej. Jak zauważa A. Manji, termin „Wanjiku” jest użyty w wyroku Sądu Powszechnego dwanaście razy³⁷.

W porównaniu z opisanym procesem polska Ustawa Konstytucyjna z dnia 23 kwietnia 1992 r. o trybie przygotowania i uchwalenia Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej przywodzi tryb o charakterze parlamentarnym, w którego centrum stać miała Komisja Konstytucyjna składająca się z 46 posłów i 10 senatorów. „Kowalski” zaś mógł się jedynie podpisać pod „obywatelskim projektem konstytucji”, do czego wymagano 500 tysięcy podpisów, a następnie zagłosować nad przyjęciem uchwalonej przez Zgromadzenie Narodowe konstytucji w referendum. Co prawda cytowana ustawa przewidywała poddanie pod referendum „zasad, na których opierać się ma konstytucja” (art. 2c ust. 1), jednak z takiej możliwości nie skorzystano. Parafrazując Y. Roznaia³⁸, tryb ten bardziej przypomina „*oui, the people*”, podczas gdy myślą przewodnią procedury zastosowanej w Kenii było „*we, the people*”.

Analogia między okresem PRL a okresem zawłaszczania państwa i dyktatury w Kenii łączy w oczy. Podobnie jest z konstytucjami tamtego okresu. Konstytucję kenijską z 1963 r. przyjęto z nadania kolonialnych prześladowców, a do Konstytucji PRL z 1956 r. uwagi nanosił osobiście Stalin. Jednakże, porównując Polskę lat 90. i Kenię, należy mieć też na uwadze, że jednak inne były aspiracje i oczekiwania społeczne związane z uchwaleniem nowej konstytucji w obu krajach.

Podczas gdy Konstytucja Kenii z 2010 r. była od samego początku postrzegana jako dokument mający umożliwić daleko idące zmiany społeczne, ekonomiczne i polityczne, uchwalenie Konstytucji RP w 1997 r. było traktowane bardziej jako zwieńczenie pewnego procesu zmian ustrojowych, a nie jako ich katalizator. Czy jednak nie zaprzepaszczono szansy

³⁶ David Ndii..., nb. 469.

³⁷ A. Manji, *The BBI Judgment...*

³⁸ Y. Roznai, *The Basic Structure...*

na stworzenie ustawy zasadniczej, z którą „Kowalski” nie tylko by się identyfikował, ale nawet autentycznie uznał ją za swoje dzieło? Czy bardziej partycypacyjna procedura uchwalania nowej konstytucji w latach 90. nie okazałaby się silniejszym orężem w jej obronie przed jej systematycznym niszczeniem przez rządy Prawa i Sprawiedliwości?

Odpowiedzi na te pytania nie sposób dziś udzielić. Warto jednak mieć na uwadze kenijskie doświadczenia, gdy być może okaże się, że jedyną metodą na przywrócenie w Polsce odpowiednich standardów praworządności jest opracowanie nowej konstytucji. A w tym kontekście należy sobie zadać pytanie, czy kiedykolwiek w historii Polski ustrojodawca pierwotny („Kowalski”!) wypowiedział się na temat kształtu konstytucji? Czy stworzone zostały mu ku temu warunki? Czy może też warto mu takie warunki stworzyć, a nie negować istnienie wyodrębnionej pierwotnej funkcji ustrojodawczej? Na dziś dzień jednak, znając zamiłowanie Dostojnego Jubilata do kultury czeskiej, warto przypomnieć co Jaromir Nohavica śpiewał o mieszkańcach Cieszyna z początków XX w. – „Może i dobrze, że człowiek nie wie, co go czeka”.